

Martín Aldao

Teorías de la democracia y activismo judicial*

1. Introducción

Los movimientos sociales se articulan, en general, en torno a demandas no satisfechas por el sistema político y jurídico. A su vez, y en tanto el derecho, en democracia, pretende operar como garantía de la igual autonomía pública y privada de todos los individuos, la existencia misma de estos pone de manifiesto un déficit de comunicación entre lo que podríamos denominar una esfera pública estatal –entendida en términos de administración– y una esfera pública política –entendida en términos de ciudadanía– en el marco de los exigentes presupuestos normativos de los estados democráticos de derecho. Ahora bien, una vez que los canales tradicionales de participación política aparecen obturados, ¿de qué modo logran estas formas de participación política un acceso a la esfera pública? Si bien el control de constitucionalidad puede parecer un buen candidato para cumplir provisoriamente este rol, la comprensión política de la jurisdicción implicada en este enfoque enfrenta una serie de objeciones conceptuales vinculadas a la comprensión de lo público, de la democracia y de la igualdad en el plano político, y a la naturaleza de los derechos humanos y al papel del control de constitucionalidad en el plano jurídico. Estos son los problemas que me propongo abordar en este artículo.

* Agradezco a Laura Clérico y Ernesto Fabián Miele González por sus comentarios previos a la presentación y a los asistentes al seminario por sus comentarios durante la misma.

2. Fricciones entre las concepciones predominantes de la democracia y la participación política de los movimientos sociales

2.1 Teoría política

En primer lugar es preciso trazar una serie de distinciones conceptuales en lo que atañe a la comprensión del Estado, de la democracia y de la ciudadanía para obtener una mejor comprensión del rol de los movimientos sociales dentro del marco del estado democrático de derecho. En particular se intentará distinguir dentro del ámbito público aquello que corresponde a la participación política y aquello que corresponde a la administración pública propiamente dicha, con el objetivo de dar cuenta de una realidad (la de los movimientos sociales) que no corresponde ni a la administración pública ni a lo que habitualmente se entiende como sector privado. Luego se diferenciará representación política de autogobierno con el objetivo de resolver los cuestionamientos vinculados a la legitimidad democrática de los movimientos sociales. Por último se ponen en cuestión los elementos homogeneizadores de los principales modelos de la democracia deliberativa, que en alguna medida siguen atrapados en una comprensión monolítica de lo público, que impide comprender el carácter muchas veces focalizado de la actividad de los movimientos sociales.

2.1.1 Estado y esfera pública

En primer lugar es preciso analizar el proceso a través del cual se conjugan una esfera pública entendida en términos de administración estatal y otra entendida en términos de democracia. Con ese objetivo voy a retomar la periodización propuesta por Günter Frankenberg, en la medida en que permite distinguir las diferentes formas jurídicas que adoptan las nociones de público y de privado (Frankenberg 1998).

La esfera pública adquiriría el rol que le atribuimos hoy en día en los comienzos de la Modernidad. En la medida en que los enfrentamientos religiosos habían dado por tierra con la fundamentación teológica del ordenamiento político, esta se traslada al soberano absoluto. En esta primera etapa el Derecho Público se encuentra constituido en torno de las prerrogativas de la corona, las relaciones entre el Estado y la Iglesia, y del Rey con sus súbditos. Ocupa un lugar preponderante respecto del Derecho Privado y tiene su legitimidad

en la figura del Rey. En este período el Derecho Privado tendría un papel marginal, siempre sujeto a la revisión del soberano y limitado por los intereses de este. Es sobre esta nueva base que se colocan los cimientos del moderno Derecho Público. La esfera privada contra la que se yergue el Estado como nueva esfera pública predominante es todavía una confusa mezcla de los antiguos privilegios feudales y de los derechos reclamados por la naciente burguesía, que en principio apenas comparten un ambiguo derecho de propiedad. Se trata de pacificar y organizar las múltiples fuerzas que, disgregadas en el territorio de la nación, pugnan entre sí por imponer sus intereses. El modelo de Hobbes resulta especialmente adecuado para comprender este proceso puesto que el soberano se constituye a través de la absorción de las facultades feudales, que habían adquirido rasgos privados durante el medievo (Habermas 2004: 43). La imposición efectiva del Estado como máximo regulador de la sociedad ya no puede remitir su legitimidad a una voluntad divina, y sólo puede manifestarse a través de un Derecho Público que es, fundamentalmente, transaccional. En este período los principales brazos de un Derecho Público unificado consisten en la organización de una burocracia dependiente del gobierno central, un sistema impositivo relativamente centralizado y el establecimiento de un brazo armado regular que permite el monopolio de la coacción. De este modo queda cristalizada una esfera pública que funciona como cabeza de la nación. Este rol preponderante se manifiesta de dos modos que deben ser distinguidos. Por un lado se constituye en sede de la soberanía, la cual, a través de la razón de Estado, se impone como instancia última de decisión en un territorio determinado. Por otro lado, en el proceso de organización y centralización de competencias, la esfera pública estatalizada toma a su cargo la administración de los recursos de la nación.¹ Como muestra Foucault (2005: 373 y ss.), las potestades de soberanía y administración deben ser analizadas por separado. El poder de dar la muerte y de declarar el estado de excepción corresponde a la primera y ponen de manifiesto el carácter omnipotente de lo público. La capacidad de regular el intercambio, la producción y

1 Si bien con el surgimiento de nuevas técnicas agrícolas, acompañadas por los procesos de *enclosures*, se empieza a producir también una serie de cambios en el ámbito privado, estos producirán sus efectos más importantes en el período siguiente.

la salud corresponden a la segunda y resaltan, por el contrario, la dependencia de la esfera pública respecto de la privada, en la medida en que la prosperidad de lo privado funciona como patrón de eficacia de lo público. Y es la búsqueda de prosperidad lo que prepara el camino para el pasaje al modelo limitado del Estado constitucional liberal.²

Con el surgimiento de la burguesía como clase económica y políticamente relevante, se invierte la relación entre esfera pública y privada característica del período anterior. El Derecho Privado va a ir ganando preponderancia en la regulación de una sociedad que se ve a sí misma como autosuficiente. El contrato, la autonomía de la voluntad y la libre concurrencia son las principales características de un Derecho Privado que se impone en clave polémica con el Derecho Público. Este, a su vez, se ve recludo en el Derecho Constitucional –concebido fundamentalmente como un límite a las prerrogativas del soberano– y a la regulación de la creciente administración estatal (Frankenberg 1998). Con el objeto de comprender este período puede resultar de utilidad recurrir a la distinción habermasiana de dos liberalismos (Habermas 2004: 167). Así como el Estado moderno sólo pudo constituirse a partir de una racionalidad propia (la razón de Estado), la burguesía requirió del desarrollo de la economía política para poder oponer sus derechos (privados) a la soberanía (pública) de la Corona. Como resulta evidente de la necesidad de desarrollar procesos constitucionales, las prerrogativas del individuo aparecen ya desde el comienzo dependiendo de su reconocimiento por una esfera pública estatal preexistente. Como muestra Habermas (2004: 112), la sociedad burguesa se desprende de las ataduras corporativas amparándose en la majestad administrativa del soberano forjada en el período anterior. En segundo lugar, el naciente Derecho Privado surge con un universalismo tal que le imprime la forma de Derechos Fundamentales. En este sentido, tanto el *Bill of Rights* como la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* surgen en clave polémica con los privilegios feudales así como con la soberanía de la Corona, más identificados con una todavía

2 Pero al mismo tiempo, el poder absoluto de lo público es justo aquello que, una vez encarnada la esfera pública política en el Estado a través de los recientes procesos de democratización, va a autorizar la restricción de las libertades liberales desarrolladas en el período que sigue.

ambigua idea de libertad individual que con la prerrogativa de la propiedad privada, que apenas constituye un signo y un instrumento de aquella libertad. Será recién con los procesos de industrialización, acumulación del capital y aumento del pauperismo que la legislación y la jurisprudencia irán reconfigurando la esfera privada en términos de privilegios, vedados tanto al Estado como al resto de los individuos, en lo que vendría a ser una segunda forma del liberalismo. Es importante captar esta configuración superpuesta del Derecho Privado como estructura de la libertad y de los privilegios, dependiente del reconocimiento estatal. En tanto estructura de la libertad permite dar cuenta de las reticencias a abandonar los esquemas liberales en el derecho; en tanto estructura del privilegio, el motivo por el cual aquellos ciudadanos que se sienten desplazados de sus derechos tienden a volcar sus demandas al Derecho Público en términos de restricción de libertades privadas de las que no pueden gozar.³

Las declaraciones de derechos, acopladas a la comprensión liberal de la sociedad, sancionaron junto a la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad, el derecho de propiedad tal como aparentemente había sido concebido por los romanos. Esto es cierto, pero relativo. La conceptualización moderna de la idea de individuo carece de los severos límites comunitarios a los que se encontraba sujeta durante la antigüedad y el medievo. Así como el *pater familias* tenía una serie de responsabilidades socialmente impuestas, el innegable despotismo del señor feudal se encontraba inmerso en el sistema de dones y contradones, atado a una infinidad de compromisos hacia arriba y hacia abajo que impedían sistemáticamente la acumulación indefinida de potestades. Un vez que el soberano absoluto hubo concentrado sobre sí el grueso de las potestades públicas, era cuestión de tiempo para que se produjera un cambio análogo en el ámbito privado. Así en Inglaterra surgen las primeras instituciones del derecho burgués, a saber, la sociedad de carácter capitalista, el crédito real, el papel-valor, elementos de derecho mercantil y de navegación, y los cuerpos reguladores de la explotación minera, así como también de la libre competencia mercantil. Más adelante, en 1794 se sanciona en Alemania el *Allgemeines Landrecht*, en 1804 el *Code Civil* francés y en 1811 el

3 Que se traduciría en el enfrentamiento entre democracias liberales y populistas.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch en Austria (Habermas 2004: 111).

El proceso es, sin embargo, gradual, y recién hacia el siglo XIX se termina de desplazar el eje de la propiedad desde la comunidad familiar hacia el propietario individual (Habermas 2004: 113). De este modo queda configurada una esfera privada neutralizada respecto del poder, puesto que el mercado es la libre concurrencia de los individuos productores; y aparentemente emancipada respecto de la dominación, puesto que las intromisiones estatales interrumpen y obstaculizan el libre desarrollo de la sociedad civil (Habermas 2004: 115). Es así que los criterios rectores del Estado liberal de derecho son la libre concurrencia en el ámbito privado y la legaliformidad en el ámbito público. En última instancia se trata del modelo que había prefigurado Hobbes, compuesto por una multitud de individuos atomizados respecto de la sociedad y sometidos a una esfera pública cuya función principal es el mantenimiento de un sistema de reglas bien definidas.

Ya en el siglo XX el desarrollo del capitalismo industrial, el intervencionismo estatal y el fortalecimiento de un movimiento obrero enfrentado con el paradigma del libre mercado convergen para producir un renacimiento del Derecho Público que, si bien sigue siendo en alguna medida la expresión de la voluntad del soberano, poco tiene que ver ya con aquella omnímoda voluntad del Leviatán que Hobbes reclamaba para el absolutismo. De este modo se produciría una transformación jurídica en tres planos: a través de una comprensión del Derecho Constitucional en términos democráticos, del fortalecimiento del rol de un parlamento representativamente integrado y del reconocimiento del individuo como ciudadano (Frankenberg 1998). Bajo la forma de “oleadas” se introducen en los Estados modernos las instituciones del voto universal, el derecho del trabajo y de la seguridad social y los derechos humanos entre otros, que reclaman por un lado el sometimiento del Estado al mandato popular y por el otro la limitación de las potestades individuales surgidas en torno del derecho de propiedad tal como había sido instituido en el período anterior. Junto a una sociedad mercantilmente configurada en oposición al Estado surge una sociedad política, informalmente representada en la opinión pública pero que en última instancia desemboca en las resoluciones de los cuerpos legislativos. De este

modo se configura una esfera pública mediadora entre la sociedad y el Estado que tendría la función de garantizar las libertades clásicas liberales (nucleadas en torno del derecho de propiedad), pero reformuladas en términos, no ya de privilegios, sino de aspiraciones sociales, que podríamos denominar esfera público-política propiamente dicha, y que se distingue, por sus presupuestos, su estructura, su dinámica y sus objetivos del Estado moderno.

2.1.2 Concepciones de la democracia

Análogamente, el proceso de producción del derecho en las sociedades contemporáneas se asienta sobre la superposición de dos modelos teóricos radicalmente distintos. Por un lado el complejo coactivo administrativo del Estado moderno, y por el otro el idealizado autogobierno de los griegos. De este modo se superpone una lógica de la soberanía, que funciona sobre el presupuesto según el cual el conjunto de los individuos que integran la sociedad son incapaces de alcanzar un acuerdo estable y duradero sin la presencia de un tercero ajeno al conflicto –y por ende trascendente respecto de una sociedad que es pensada como intrínsecamente conflictiva–; y por el otro una lógica del autogobierno, que opera sobre el presupuesto según el cual la autonomía de cada individuo posee idéntico valor, y por ende que el único modo legítimo de imponer límites a las conductas de los hombres es a través de la participación de los mismos en la determinación de las reglas según las cuales deben organizarse (Sieckmann 2003). Es en torno al problema de cómo ha de insertarse la democracia dentro del aparato del Estado que ha surgido el paradigma representativo.

El mecanismo representativo tiene la función de introducir la voluntad de la ciudadanía en el aparato del Estado a través del proceso electoral. En este sentido la elección periódica de gobernantes y legisladores garantiza un mínimo de influencia ciudadana, y por ende de legitimidad, en las estructuras políticas que regulan la existencia de la sociedad a través de la competencia electoral. Así es que las leyes vigentes, en un idealizado circuito de transmisión de la voluntad popular, reciben su autoridad de los legisladores democráticamente elegidos a través de las urnas. Una concepción tal de la democracia ubica en el parlamento el locus privilegiado de la expre-

sión de la voluntad popular. Tal como fuera pensado por Sieyes, el modelo representativo garantizaba la traducción de la voluntad general de la nación en la ley, de modo tal que la asamblea legislativa queda convertida en supremo árbitro de la legitimidad del derecho.

Si bien en sus orígenes se esperaba de este modelo la gradual democratización efectiva de la sociedad, y aún cuando es preciso reconocer que ha permitido realizar algunos progresos en este sentido, lo cierto es que la representación se ha convertido en un cuello de botella que impide la efectiva representación de una multiplicidad de intereses que surgen de la sociedad. La gradual alineación de los políticos profesionales respecto de la ciudadanía y la autonomización del sistema político, así como también el desarrollo de grupos de interés que gozan de un acceso privilegiado al poder legislativo, han terminado por distorsionar de tal modo el rol del parlamento al punto que hoy resulta poco razonable afirmar que representa los efectivos intereses de la ciudadanía.⁴

En este contexto de incapacidad del poder legislativo para representar de modo efectivo a la ciudadanía surge el paradigma deliberativo de la democracia, a través del cual se busca reconducir al parlamento hacia su rol original de portavoz de la ciudadanía.

El trabajo de Habermas comienza mucho antes de lo propiamente político, con una crítica de la concepción tradicional del sujeto y del conocimiento, y la posterior elaboración de una ética discursiva que, intentando escapar de las aporías de la metafísica de la modernidad, se aferra no obstante a algún tipo de racionalidad. El primer paso consiste en despegar la argumentación práctica de la pesada herencia descriptivista (que compartirían tanto las tesis objetivistas como las escépticas) a través de la formulación del problema desarrollada por S. Toulmin: en cuestiones morales, la pregunta no debe formularse en términos de adecuación a valores, sino más bien de acuerdo al peso de las razones esgrimidas por una y otra posición (Habermas 1985:

4 El nivel de degradación del ideal democrático en su versión representativa resulta bien visible en los trabajos de Popper o Schumpeter, quienes, con el objetivo de salvar la idea de democracia representativa han propuesto interpretaciones claramente desencantadas de los procesos políticos democráticos, pero que no obstante retienen algo de aquella originaria voluntad del pueblo. Así ambos se refugian en las posibilidades que el proceso electoral ofrecería para deshacerse de aquellos representantes que no respondan a la voluntad de la ciudadanía (D'Auria 2004).

72). Se reemplaza, entonces, una “razón práctica” por una “racionalidad comunicativa” (Habermas 2005: 71) en la cual la verdad moral ya no es ni un lugar fijo al que aproximarse, ni una utopía inalcanzable, sino más bien un presupuesto que es exigido por la comunicación (Habermas 1985: 104). Este camino procedimental permite a Habermas rechazar los principios morales dogmáticamente establecidos en los que descansan las éticas tradicionales (Habermas 1985: 111). Este paso resulta central en la medida en que introduce la participación de los implicados (en este caso, la ciudadanía) como algo más que una mera mejora epistemológica, en el orden de las condiciones de posibilidad de la racionalidad política.

En este sentido, el proceso democrático entendido comunicativamente dota al Estado de derecho de una legitimidad fundada en la formación de la opinión pública, retomando la importancia que al primero le da el liberalismo clásico, y a la segunda el republicanismo. Esta conceptualización del procedimiento democrático lo ubica tanto dentro como fuera del Estado y permite captar el proceso por el cual la legislación transforma la deliberación pública (en sentido amplio) en poder utilizable administrativamente (Habermas 2005: 375). La racionalización es, entonces, más que mera legitimación (liberalismo) y menos que constitución del poder del Estado (republicanismo). Tomando de la epistemología la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, Habermas ubica a la deliberación institucionalizada en el primero y a la formación informal de la opinión pública en el segundo (Habermas 2005: 384). El derecho es introducido, entonces, como el puente que permite comunicar la idealizada “sociación” comunicativamente pura y las sociedades complejas efectivamente existentes (Habermas 2005: 405). La democracia se justifica, entonces, en la medida en que permitiría evitar la autonomización del sistema administrativo (el Estado) y lo orienta a limitar el mercado. De este modo logra reconstruir el proceso político de un modo que puede dar cuenta tanto de las acciones estratégicas (orientadas hacia los propios fines y predominantes en el mercado y en la burocracia política) como de las acciones comunicativas (que impregnan el mundo de la vida y constituyen el elemento legitimante del Estado democrático de derecho) (Habermas 2005: 416).

2.1.3 *Deliberación y desigualdad estructural*

El modelo de Habermas deja sin responder, sin embargo, la pregunta por los modos concretos en que los impulsos comunicativos del mundo de la vida que constituyen la “fuente” de la justicia y la legitimidad del derecho (Habermas 2005: 221, 238, 252, 257) se harían efectivos, en la medida en que queda atado a conceptos normativos excesivamente abstractos y a requisitos de funcionamiento óptimo poco menos que utópicos (Jorba Galdós 2006: 51). De este modo la soberanía popular queda desdibujada en una esfera pública sin forma ni contenido constante (Jorba Galdós 2006: 57). Aquello de lo que Habermas no da cuenta en su “idealización” del ideal de una esfera pública burguesa –universalmente accesible, racional y ajena a las diferencias de clase–, es que esta se construye ya a partir de una serie de exclusiones.

Desde esta perspectiva el reconocimiento de los espacios públicos autónomos demanda modificaciones estructurales en el espacio público-político institucionalizado (el parlamento), de modo tal que la unidad de este último no obture las desigualdades estructurales a las que se encuentran sometidos los primeros. Tras la aparente universalidad de una única esfera pública comprensiva de toda la ciudadanía, se desarrollaría en realidad un debate supervisado por aquellos grupos que resulten socialmente dominantes (Fraser 1990: 66). De este modo la estimulación de contra-públicos subalternos permitiría extender el espacio discursivo del que surgen las leyes. Los problemas, los valores, los intereses –en última instancia, el vocabulario– a partir del cual se construye el derecho no son meros insumos para la formación de opinión, sino que juegan además un papel fundamental en la formación de identidades (Fraser 1990: 68). Si tomamos en cuenta la importancia del derecho en la formación de las condiciones a través de las cuales se facilita, o bien se obstaculiza, la expresión de los espacios públicos autónomos, entonces una fragmentación del espacio público productor del derecho parece necesaria para garantizar la retroalimentación comunicativa a la que debe estar sujeta el parlamento (Young 1989: 258). En otros términos, que una concreción de los presupuestos democráticos de los Estados de derecho contemporáneos requiere no sólo de la aceptación estatal de los contrapúblicos subalternos, sino también de la adecua-

ción del modo de producción del derecho legítimo, de modo tal que se reduzcan las distorsiones producidas por los poderes sociales y se evite al mismo tiempo la tendencia a obturar todos aquellos discursos que históricamente se han visto excluidos de la producción del derecho.

Esto implica también una reformulación del concepto de ciudadanía, que ya no parece caber dentro del uniformador ideal de una esfera público-política omnicomprendensiva (tal como la imaginara Kant), en la que se disolverían todas las diferencias de clase, género y cultura. Por el contrario, es preciso diseñar nuevos dispositivos de transmisión y aplicación —esto es particularmente importante si se quiere evitar un mero retorno al corporativismo— de la voluntad política de los ciudadanos, de modo tal que puedan adecuarse a las particularidades de cada grupo.

2.2 Teoría jurídica

La dogmática jurídica ofrece, no obstante, algunas herramientas que podrían servir para resolver los problemas planteados en el ámbito de la teoría política. En particular una recompreensión del derecho que permita despegarlo de las instancias tradicionales de interpretación, o en otros términos, “ablandarlo” a fin de que pueda ser apropiado por los movimientos sociales. En segundo lugar, una reconstrucción del recurso al control de constitucionalidad no ya en términos de control de poderes dentro de la esfera del gobierno, sino como una instancia paralela de producción del derecho, democráticamente legitimada. En último lugar, se expone el dispositivo del jurado constitucional, entendido como un paso más en lo que podríamos denominar desalienación del derecho respecto de la ciudadanía (Gargarella 2007: 205 y ss.).

2.2.1 Los derechos humanos desde una perspectiva normativa

Si bien estas consideraciones probablemente puedan extenderse a otros ámbitos del derecho, voy a centrarme en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en la medida en que parece ser un buen candidato para las intervenciones jurídicas de los movimientos sociales. Habitualmente, y esto no carece de consecuencias, la cuestión de la naturaleza normativa del DIDH parece ocupar un

lugar preponderante en la discusión, ya sea de modo explícito (porque se la expone) o tácito (porque se la da por sentada). Concebir el DIDH como un catálogo de derechos, válidos por sí mismos, a través de los cuales se sintetiza el “conocimiento moral” de occidente tiene la evidente ventaja de proporcionarnos un marco normativo claro a través del cual sería posible zanjar con relativa eficacia las cuestiones relativas a la vigencia de los derechos humanos. Esta perspectiva, no obstante, presenta diversos problemas. En primer lugar resulta cuanto menos dudoso que sea posible identificar, con un razonable nivel de precisión, un conjunto de valores morales objetivos y universalmente válidos. Todos los intentos realizados en ese sentido, desde la antigüedad griega hasta nuestros días, no sólo han conducido a la justificación de aquello que los sectores dominantes de una sociedad identificaban como lo bueno, sino que además produce numerosas aporías en sociedades cultural, social y económicamente heterogéneas como las nuestras, en las cuales el respeto por las autonomías individuales y colectivas intenta reemplazar el ímpetu homogeneizador característico de la modernidad occidental (Young 1989: 250). Por otro lado, parece claro que una concepción tal del DIDH se asienta en una comprensión monológica de la racionalidad, puesto que el criterio para determinar el correcto funcionamiento de los sistemas políticos locales se fundamenta en el grado de adecuación de los mismos a estos “ideales”, evaluación habitualmente delegada en expertos internacionales. Íntimamente vinculado con lo anterior, una comprensión tal del conjunto de atribuciones que compondrían la “dignidad humana”, tiene el indeseable efecto secundario de oscurecer el funcionamiento de la democracia, privilegiando la función del representante y, en consecuencia, debilitando el rol de la autonomía del ciudadano y minando en consecuencia el respaldo efectivo de las instituciones democráticas. Por último, la consideración del DIDH en términos absolutos, si bien parece adecuada a su positivización en el derecho internacional y en los textos constitucionales, no alcanza a dar cuenta de las instancias de interpretación y efectivización de los mismos.

Por el contrario, entiendo que el punto crucial en la discusión sobre el alcance y la validez de los derechos humanos, y en particular de las normas que les dan cuerpo, consiste en desprendernos de la pesada herencia platónica que nos conduce a identificar lo justo de

acuerdo a su mayor o menor correspondencia con un ideal objetivo (Habermas 1985). En ese sentido es necesario desarrollar una defensa de los derechos humanos cuya robustez no radique tanto en el alcance de los mismos, sino en su fundamento de legitimidad, esto es, en la participación informada de la ciudadanía. En otros términos, que se asiente en una comprensión igualitaria y no paternalista de la sociedad. Esto no implica renunciar a la defensa de un cuerpo robusto de derechos, sino más bien un cambio de perspectiva en su defensa. Si los derechos humanos son importantes, y deben ser respetados, no es porque sean justos o buenos en sí, sino porque hay buenos argumentos para sostenerlos, en un contexto en el cual la bondad o fortaleza de los argumentos depende de su capacidad para ser apropiados por los ciudadanos. Esta postura no apunta, sin embargo, a desconocer los déficits de reconocimiento que se verifican en nuestras sociedades sino más bien a que estos sólo pueden ser resueltos, de un modo duradero, a través del incremento de las instancias de participación, en lugar del recurso a una suerte de “despotismo ilustrado”, en el cual le cabe a los técnicos y a las autoridades un papel preponderante en la resolución de los problemas de la población.

De este modo la teoría del discurso nos permite evitar la trampa del platonismo, sin por ello forzarnos a caer en un subjetivismo moral generalizado. Esta perspectiva implica, y esto tampoco carece de consecuencias, poner en primer plano la cuestión de la racionalidad. Entendida en términos de argumentación intersubjetiva, la racionalidad propuesta por la teoría del discurso nos permite reemplazar el criterio de la adecuación por el más flexible y realista criterio de la argumentación racional. Así, el DIDH deja de operar como fuente de los valores normativos, aunque pueda preservar su papel como fuente de obligaciones para los Estados –y esta distinción resulta de la mayor importancia–, pasando a ser el saldo provisorio –aunque no por ello menos obligatorio– de un debate universal respecto del contenido y los alcances de aquellas atribuciones que consideramos imprescindibles de la dignidad humana. Esta perspectiva nos proporciona, además, otras dos ventajas. En primer lugar refuerza el papel de los individuos en la interpretación y aplicación del DIDH, permitiendo la reapropiación de este por aquellos para quienes fue creado –los afectados–. En segundo lugar, permite habilitar las instancias para su adaptación cuando esta fuese

necesaria por un conflicto de identidades, ofreciendo una salida razonable para aquellos que, desde la perspectiva del multiculturalismo –y con buenas razones–, han aprendido a desconfiar de los monolíticos valores occidentales.

Todo esto no implica, sin embargo, desconocer el peso del DIDH en la argumentación constitucional, puesto que, en tanto derecho positivo, no sólo constituye una fuente de obligación para los Estados, sino que además goza de una validez *prima facie* en tanto determinaciones de los contenidos y alcances de las nociones nucleares de autonomía pública y privada de los individuos, sobre las que se asienta y desarrolla la estructura normativa del Estado democrático de derecho. Nos evita, sin embargo, caer en dogmatismos normativos, que tienden a confundir lo que alguna vez fue justo para un relativamente reducido grupo de representantes, con aquello que es justo para todos y cada uno de los habitantes del planeta.

Planteado el problema en estos términos, pierden preponderancia las cuestiones relativas a una ingeniería constitucional mundial, frente a la cuestión del establecimiento de instancias de participación ciudadana en la resolución de cuestiones relativas al DIDH. Y es en este punto en donde una reconstrucción participativa de la argumentación constitucional permite un testeo deliberativo de la determinación de los contenidos, alcances y vigencia del DIDH por parte de los movimientos sociales. Sin embargo, una recomposición como la propuesta del DIDH nos enfrenta con los problemas de la indeterminación y falta de efectividad que tradicionalmente se oponen a las perspectivas deliberativas. Es en este contexto que el principio de proporcionalidad, estructurado a través de los parámetros formales del modelo de la ponderación, nos devuelve algunas de las certezas a las que renunciamos al abandonar la concepción centralizada del DIDH.

2.2.2 *Argumentación constitucional y participación política*

En lo que respecta al litigio la argumentación constitucional nos ofrece una conexión directa con el paradigma deliberativo de la democracia. La vinculación del modelo de la ponderación con la comprensión deliberativa de la democracia viene dada ya por su común asentamiento sobre los presupuestos de la racionalidad discursiva, de

modo tal que el eje de la validez se desplaza desde la decisión racional (orientada a la maximización del beneficio individual) hacia la argumentación (orientada al establecimiento de acuerdos comunes). Esto no implica, sin embargo, el desconocimiento de actitudes estratégicas, sino su sujeción a la pretensión de corrección. A su vez, esta sólo puede articularse a través de las reglas del discurso práctico racional, fundamentalmente la exigencia de participación en la argumentación de todos aquellos implicados en las consecuencias de este debate (Alexy 2006).

El punto crucial, desde esta perspectiva, es que una argumentación productora de normas vinculantes no puede ser una mera argumentación *sobre* los afectados, sino que debe ser una argumentación *con* ellos (Alexy 2006). Visto desde este ángulo el fundamento de legitimidad de las normas en un Estado de derecho democrático no radica en la libre interpretación del texto constitucional por los representantes, sino en el consentimiento, expreso o tácito, de la ciudadanía. Es en este sentido que Alexy distingue entre un aspecto volitivo y otro discursivo de la representación democrática (Alexy 2003: 59-76). De este modo, junto a la representación política tradicional que le cabe al parlamento, resulta plausible hablar de una representación argumentativa que podría caberle a los tribunales siempre y cuando cumplan una serie de condiciones relativas no sólo a la argumentación desplegada, sino también a la inclusión de las partes en los procesos argumentativos (Sabel/Simon 2004).

Desde esta perspectiva la aplicación del modelo de la ponderación puede ofrecer cuando menos dos ventajas en términos de democratización del sistema político. En primer lugar permite explicitar el rol político de los tribunales en lo que atañe a la interpretación de las normas de DIDH, de modo tal que se debilita el monopolio simbólico del poder legislativo sobre las decisiones políticas, contrarrestando la tendencia a la autonomización de los representantes, al mismo tiempo que se pone de manifiesto que el control de legalidad ejercido dentro del marco del modelo de la subsunción es, en la práctica, una función política que implica el sostenimiento de las decisiones políticas adoptadas por el parlamento, sea local o supranacional. En segundo lugar, permite la ampliación de los canales de participación política en la medida en que permite la recepción de intereses y argumentos elimi-

nados a través del filtro mayoritario que caracteriza a la representación parlamentaria.

Así, mientras se espera del legislador que produzca reglas para un conjunto de casos generales, y en tanto sean producidas por los representantes elegidos a través del sistema electoral, podemos asignarles a estas una legitimidad *prima facie*, de modo tal que puedan ser distinguidas de las reglas producidas por gobiernos de facto, tarde o temprano estas reglas operan como restricciones, orientaciones y permisiones concretas respecto de los ciudadanos (Sieckmann 2003: 105). Una vez sancionadas, entonces, y para que sean consideradas legítimas en un sentido fuerte, tarde o temprano deben entrar en consideración, de forma directa o indirecta, los intereses de los afectados (Clérico 2009: 271). De otro modo no estaríamos hablando de democracia en sentido estricto –esto es, como autogobierno–, sino del gobierno de los representantes, que vendría a tener la estructura de una aristocracia popularmente elegida.

Ahora bien, esto no implica que cualquier clase de ponderación aplicada por los tribunales constituya, necesariamente, una práctica democrática, pero sí nos permite abrir una brecha en el cerrado normativismo kelseniano, que confundía lo público con el Estado, en la estrecha comprensión intra-estatal de la división de poderes característica del liberalismo, como así también en una excesiva identificación del DIDH con aquellas actividades que desarrollan los organismos supranacionales, de modo tal que se disminuye el abismo entre representantes y representados en la argumentación que sustenta y legitima la producción de normas políticamente vinculantes. Entendido de este modo el control de constitucionalidad parece cortado a la medida de un “test deliberativo”, en tanto, por su estructura y dinámica, puede permitir una manifestación de los intereses de los afectados, y por ende una verificación del consentimiento de los mismos, respecto de las normas a las cuales se encuentran sujetos.

Aun resuelto el problema de la legitimidad, quedan abiertas todavía las cuestiones relativas a la pérdida de límites que parece implicar esta politización del control de constitucionalidad. Entre estas podemos distinguir, en primer lugar la cuestión de los estándares mínimos en materia de DIDH (su función de “corta fuegos” respecto de los vaivenes típicos de las coyunturas políticas), y en segundo lugar la de la posibilidad de establecer criterios que permitan jerar-

quizar la potencial heterogeneidad de demandas que abriría un mecanismo de estas características.

Con respecto al primer problema, y en tanto conecta con la teoría del discurso práctico racional, y a través de esta con una comprensión deliberativa de la democracia, el modelo de la ponderación nace ya con una serie de límites intrínsecos que impiden su asimilación a un cálculo irrestricto de costos y beneficios. En otros términos, si se toma como punto de partida para la construcción del discurso práctico a los intereses argumentados de la totalidad de los ciudadanos, no resulta posible, entonces, justificar en este modelo, restricciones injustificadas a la autonomía de aquellos sin caer en contradicción. Es en esta línea que se desarrolla la dogmática de la prohibición de exigencia de lo insoportable, entendida como una serie de criterios que permiten diferenciar la carga y el peso de los argumentos en los casos de restricciones a los derechos fundamentales, atribuyéndoles a estos un status especial. De este modo la exigencia de la concordancia práctica para la solución de una tensión entre derechos fundamentales requiere que como resultado de la ponderación se llegue a una relación de prioridad equilibrada, que requiere a su vez tomar en serio los derechos fundamentales (y por ende reforzar la exigencia de argumentación) cuando sufren restricciones intensas. Así es posible desarmar la exigibilidad de la restricción en tres perspectivas, a saber, (a) la del afectado, (b) la de la comunidad y (c) la de un individuo argumentativo (Clérico 2009: 281). De este modo se reconstruye una suerte de “sobreporcionalidad” que deberían cumplir las restricciones a derechos fundamentales que, sin caer en una posición dogmática respecto de los valores morales, permite determinar, dentro del marco de la argumentación práctico-jurídica, el estatus especial de los derechos.

Resta, entonces, el segundo problema, esto es, la determinación de criterios que permitan juzgar las pretensiones de determinación del alcance y contenido del DIDH. En este punto la noción de paridad participativa, desarrollada por N. Fraser, parece ser un buen criterio para zanjar la cuestión de la relevancia normativa de las pretensiones que puedan esgrimirse en la arena constitucional (Fraser 2006). Deducida directamente de las nociones de autonomía pública y privada, la idea de paridad participativa, en la medida en que exige a quien argumenta que demuestre que su pretensión promueve la pari-

dad en la participación –entendida como la participación en la vida social en calidad de igualdad con el resto–, nos permite distinguir las reivindicaciones justificadas de las injustificadas, sin por ello cristalizar valores o intereses específicos –que necesariamente van a coincidir con los de aquellos grupos predominantes en las instancias de producción del derecho.

Por supuesto que ambas soluciones se encuentran fuertemente atadas a la capacidad de los operadores judiciales para retomar los argumentos de los individuos involucrados, pero esta dependencia es más débil que en otros modelos de la argumentación jurídica en la medida en que tiende puentes entre el discurso jurisdiccional y el discurso público. Por otro lado, el desarrollo de una dogmática racional de la argumentación constitucional no sólo permite establecer patrones que limitan la discrecionalidad judicial, sino que además permite conectar los progresos de la dogmática en materia de argumentación constitucional con propuestas aun más radicales –y consistentes– tales como el establecimiento de “jurados constitucionales” (Ghosh 2010: 327).

Que la ponderación, al forzar la explicitación de los argumentos que privilegian un derecho sobre otro, imponga a los tribunales la tarea de justificar sus decisiones, no implica que estas se encuentren automáticamente justificadas. Por el contrario, desde una comprensión deliberativa de la democracia, no puede existir tal cosa como una justificación definitiva de una norma socialmente vinculante, sino apenas una validez *prima facie* de las disposiciones emanadas de los órganos del Estado o del DIDH; validez que se encuentra directamente conectada con (a) los argumentos desplegados en su justificación, y fundamentalmente (b) la posibilidad de testear dichos argumentos con aquellos que pueda esgrimir de modo directo la ciudadanía. La ponderación entendida como una técnica que permite formalizar el balanceo de principios y el intercambio de argumentos, así como la aplicación del principio de proporcionalidad, entendido como un modo de reabrir la discusión pública que dota de legitimidad a cualquier disposición vigente en un Estado democrático de derecho, no sólo no obstaculizan sino que permite fortalecer el procedimiento democrático, sino en un sentido material –que siempre depende más de la ciudadanía que de las instituciones–, al menos en un sentido formal. Desde este punto de vista resulta crucial no sobreestimar el

papel de la ponderación en el marco de la jurisprudencia constitucional, puesto que la utilidad de esta herramienta no radica en resolver los problemas vinculados al incumplimiento del DIDH, sino más bien en racionalizar los métodos que se emplean para resolverlos.

2.2.3 *Jurados constitucionales populares*

Para concluir, y en orden a distinguir la práctica de la argumentación constitucional del control de constitucionalidad en su acepción tradicional, creo que puede resultar de utilidad recurrir al trabajo de Eric Ghosh. Si bien la tesis de los jurados constitucionales populares es desarrollada con el objetivo de resolver las críticas relativas a los aspectos antidemocráticos del control de constitucionalidad, esta resulta de la mayor utilidad en el contexto de la discusión respecto de la participación política de los movimientos sociales.

El control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales viene enfrentando un fuerte escepticismo respecto de sus posibilidades democráticas, escepticismo fundado en el hecho de que los jueces carecen de la legitimación democrática que sí poseerían los legisladores. Con el objetivo de salvar este obstáculo se han ensayado hasta el momento tres posibles soluciones. Por un lado, el jurista Robert Alexy propone la noción de representación argumentativa (Alexy 2006). De acuerdo a esta interpretación de la democracia, la relativamente más fuerte sujeción del discurso jurisdiccional a los parámetros de la racionalidad argumentativa habilitaría su consideración como una instancia de representación democrática, en la medida en que tanto jueces como ciudadanos participarían de una misma “racionalidad”. Una segunda alternativa, de corte menos teórico, radicaría en el acercamiento de los jueces y la ciudadanía (Ewing 2000) a través del establecimiento de instancias de formación específicas para jueces y una mayor participación de las legislaturas en los procedimientos de designación y control de los operadores judiciales.

No obstante, y al margen de las ventajas y desventajas implicadas por una y otra alternativa, me interesa concentrarme en la propuesta de “jurados constitucionales” desarrollada por Eric Ghosh en tanto conecta de un modo más directo con la cuestión de los movimientos sociales, la democracia y el derecho. En este sentido

Ghosh define los “jurados constitucionales” como aquellos que resolverían conflictos de derechos, y a la “revisión constitucional” como la revisión de la adecuación de la legislación y las políticas públicas a los estándares de derechos humanos, con el objetivo de diferenciarla de la revisión judicial tradicional. La conformación de estos jurados constitucionales se asentaría sobre un mecanismo de sorteo y se complementaría con “encuestas deliberativas”. Estas consistirían en la selección de ciudadanos con el fin de que participen en jornadas de discusión sobre las mismas temáticas que serían competencia de los jurados constitucionales. Un mecanismo de estas características tendría, en principio, dos ventajas. En primer lugar reforzaría las habilidades democráticas y participativas de los individuos seleccionados. En segundo lugar, y a través de la difusión de sus resultados, permitiría desarrollar una suerte de “opinión pública participativa”, vinculante cuando menos en términos informales o morales para los jurados constitucionales.

De este modo sería posible escapar a la habitual dicotomía entre una democracia electoral lastrada de populismo y un control judicial lastrado de elitismo. En particular, respecto de este punto, me parece relevante mencionar y cuestionar una comprensión muy generalizada en lo que hace a las cuestiones de democracia y argumentación, y que consiste en suponer que entre la participación popular y la racionalidad existe algo así como una relación inversamente proporcional. Esto se asienta sobre dos presupuestos cuanto menos problemáticos. En primer lugar asume una comprensión excesivamente estrecha de la racionalidad, típica de ámbitos académicos, según la cual una argumentación es más racional cuanto más compleja y sofisticada, que desconoce (y por ende obtura la consideración de) las prácticas argumentativas y assemblearias concretas de la población en numerosos ámbitos. En segundo lugar, y conectado con el punto 2.1.1 (Teoría política del Estado y la esfera pública) de esta exposición, superpone acríticamente la democracia con el aparato estatal, de modo tal que se termina exigiendo a las instancias de participación estándares, en términos de alcance, planificación y competencia, que son en realidad los de una administración de un Estado nacional y no los de la democracia propiamente dicha. En este sentido es probable que el mayor nivel de democratización que pueda alcanzar un Estado se reduzca a la representación parlamen-

taria, pero no implica que con esta se agoten todas las formas relevantes de la democracia entendida como el ejercicio del autogobierno, sobre todo en lo que atañe a la resolución de violaciones focalizadas de derechos, de las que habitualmente se ocupan los movimientos sociales.

3. Conclusiones intermedias

A modo de recapitulación podríamos decir que se identificaron tres niveles o escalones de problemas políticos, a saber, (a) la asimilación acrítica de Estado y la participación pública de la ciudadanía, (b) la asimilación acrítica de la democracia y el parlamentarismo y (c) la homogeneización de la ciudadanía. La primera tiene la consecuencia de obturar la gestión social del espacio público, forzando a los movimientos sociales a ubicarse bien bajo los parámetros de una publicidad estatal, bien bajo los parámetros de una sociedad civil en la que se confunden empresas, Organizaciones no gubernamentales (ONGs) y movimientos sociales de base, ninguno de los cuales se adecua a sus rasgos específicos. La segunda trae como consecuencia el constante cuestionamiento de la legitimidad política de los movimientos sociales, adoptando una posición de suma cero respecto a la institucionalización de la democracia, y cerrando el camino a formas paralelas y alternativas al parlamentarismo para el ejercicio de la ciudadanía. La tercera, que puede ser vista como una consecuencia del modelo centralizado del Estado y de la democracia, tiende a obstaculizar las demandas de reconocimiento de sectores sociales subrepresentados.

Por otro lado es posible retomar una serie de insumos teóricos de la dogmática jurídica que pueden servir para ir salvando estos obstáculos, al menos en el plano conceptual, a saber (a) una reconstrucción deliberativa/participativa de la interpretación de los derechos constitucionales, (b) una comprensión en clave de democracia deliberativa del control y de la argumentación constitucional y (c) la idea de jurados constitucionales populares. El primero permite resolver los problemas de reconocimiento, en la medida en que replantea la construcción del derecho no ya desde los representantes, sino a partir del involucramiento de los implicados. En el segundo caso, la comprensión de la revisión constitucional permite reconstruirla en

términos de revalidación democrática de las normas vigentes, ya considerando el caso concreto, de un modo que el poder legislativo jamás podría hacerlo. Por último, la noción de jurados constitucionales permitiría retirar, al menos parcialmente, la interpretación concreta de la ley del cerrado ámbito de los poderes públicos –en el sentido de estatales, para devolverla a la ciudadanía, ya no entendida en ese sentido abstracto cuya representación monopoliza el parlamento, sino como el grupo de individuos efectivamente afectados por el déficit de derechos que se cuestiona. Aun cuando todo esto no nos permite afirmar que estamos ante la solución definitiva a los problemas de democratización de nuestras sociedades, sí al menos nos permite salvar algunos obstáculos y empezar a avanzar en esa dirección.

Bibliografía

- Alexy, Robert (2003): “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En: Carbonell, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 311-336.
- (2006): “Ley fundamental y teoría del discurso”. En: Cardinaux, Nancy et al. (coords.): *Las razones de la producción del derecho*. Buenos Aires: Facultad de Derecho-UBA, pp. 19-38.
- Campagne, Fabián A. (2005): *Feudalismo tardío y revolución: campesinado y transformaciones agrarias en Francia e Inglaterra (siglos XVI-XVIII)*. Buenos Aires: Prometeo.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (2008): *La lucha por el derecho: litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Clérico, Laura (2009): *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- D’Auria, Aníbal (2004): *Análisis político: poder, derecho y democracia*. Buenos Aires: La Ley.
- Ewing, Keith D. (2000): “A Theory of Democratic Adjudication: Towards a Representative, Accountable and Independent Judiciary”. En: *Alberta Law Review*, 38, pp. 708-733.
- Foucault, Michel (2005): *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: FCE.
- Frankenberg, Günter (1998): “Remarks on the Philosophy and Politics of Public Law”. En: *Legal Studies*, 18, pp. 177-187.
- Fraser, Nancy (1990): “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracies”. En: *Social Text*, 25, 26, pp. 56-80.

- (2006): “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. En: Fraser, Nancy/Honneth, Axel: *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, pp. 17-88.
- Gargarella, Roberto (2007): *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Ghosh, Eric (2010): “Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”. En: *Oxford Law Review*, 30, 2, pp. 327-372.
- Habermas, Jürgen (1985): *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península.
- (2004): *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Gustavo Gili.
- (2005): *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Jorba Galdós, Laia (2006): “Ciudadanos y esfera pública: Una revisión de los modelos de implementación de la democracia deliberativa”. En: *Revista española de ciencia política*, 14, pp. 47-69.
- Sabel, Charles F./Simon, William H. (2004): “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. En: *Harvard Law Review*, 117, 8, pp. 1015-1101.
- Sieckmann, Jan-R. (2003): “On the Tension Between Moral Autonomy and the Rational Justification of Norms”. En: *Ratio Juris*, 16, pp. 105-122.
- Young, Iris Marion (1989): “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”. En: *Ethics*, 99, 2, pp. 250-274.

